

CABINET COLIN – STOCLET
Société d'avocat au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation
14 avenue Pierre 1^{er} de Serbie
75116 Paris
contact@scp-mcs.fr
Tel. 01.47.20.58.29 - Fax 01.47.20.16.72

N° 453254

CONSEIL D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

MEMOIRE COMPLEMENTAIRE

POUR :

- 1/ M. Fabrice Leroy**
- 2/ Mme Delphine Glachant**
- 3/ M. Martin Pavelka**

**Ayant pour avocat au Conseil d'Etat
la SAS CABINET COLIN – STOCLET**

CONTRE :

- 1/ Le ministre des solidarités et de la santé**
- 2/ Le ministre délégué auprès du ministre de l'économie, des finances et de la relance, chargé des comptes publics**

A l'appui du recours n° 453254

FAITS ET PROCEDURE

I.- La loi n° 2018-1203 du 22 décembre 2018 de financement de la sécurité sociale pour 2019 a inséré dans le code de la santé publique un article L. 2135-1 instituant un « *parcours de bilan et intervention précoce* » pris en charge par l'assurance maladie « *pour l'accompagnement des enfants présentant un trouble du neuro-développement et pour la réalisation d'un diagnostic* ».

La loi prévoit que ce « *parcours* » est organisé par des structures, désignées par le directeur général de l'agence régionale de santé (ARS), avec lesquelles certains professionnels de santé et les psychologues peuvent conclure un contrat, contrat qui stipulera notamment, pour chaque catégorie de professionnels, « *des engagements de bonnes pratiques professionnelles* ».

L'article R. 2135-1 du code de la santé publique, issu du décret d'application n° 2018-1297 du 28 décembre 2018, prévoit que « *pour l'accompagnement des enfants présentant un trouble du neuro-développement et pour la réalisation d'un diagnostic* », les structures désignées par l'ARS passeront une convention avec d'autres établissements ou services ayant pour objet l'organisation du « *parcours de bilan et intervention précoce* » ainsi que la constitution d'une « *plateforme de coordination et d'orientation* ».

L'article R. 2135-2 du même code précise quelles sont les prestations que peuvent accomplir, dans le cadre de ce « *parcours* », les diverses catégories de professionnels ayant conclu un contrat avec une structure désignée.

L'article R. 2135-2, III, 3° énumère ainsi les prestations de psychologue que peut inclure le parcours :

*« D'une part, une évaluation qualitative et quantitative des compétences développementales de l'enfant et, si nécessaire, des tests neuropsychologiques complémentaires ciblant des secteurs spécifiques du développement cognitif et socio-communicationnel,
D'autre part, pour les psychologues qui détiennent une expertise spécifique définie par arrêté des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale, des interventions précoces en lien avec l'ensemble des évaluations fonctionnelles disponibles ».*

Un arrêté pris le 10 mars 2021 par le ministre des solidarités et de la santé et par le ministre délégué auprès du ministre de l'économie, des finances et de la relance, chargé des comptes publics a pour objet, selon son intitulé :

« La définition de l'expertise spécifique des psychologues mentionnée à l'article R. 2135-2 du code de la santé publique ».

C'est l'arrêté attaqué.

DISCUSSION

Sur l'incompétence

II.- L'arrêté du 10 mars 2021 est entaché d'incompétence au regard des dispositions des articles 21 de la Constitution et R. 2135-2 du code de la santé publique.

Aux termes des articles 21 et suivants de la Constitution du 4 octobre 1958, le pouvoir réglementaire appartient au Premier ministre et exceptionnellement au Président de la République ; les ministres ne possèdent pas de pouvoir réglementaire général.

Les ministres participent seulement, par l'exercice du contreseing sur les actes qu'ils sont chargés d'exécuter, au pouvoir réglementaire du Premier ministre ou du Président de la République et ils n'ont de pouvoir propre que pour l'organisation ou le fonctionnement des services placés sous leur autorité (Rivero et Waline, *Droit Administratif*, Dalloz, 19^{ème} éd. n° 65 ; Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, 15^{ème} éd. n° 872).

Il est ainsi constant que les ministres ne détiennent pas le pouvoir réglementaire (CE 23 mai 1969, Sté Distillerie Brabant, n° 71782, Rec. p. 264 ; CE 8 novembre 1991, n° 88379, Rec. p. 389 ; CE Ass. 10 juillet 1996, n° 131678, Rec. p. 275 ; CE 28 mars 2011, n° 326919).

Par suite, doit être annulé pour incompétence l'arrêté par lequel le ministre des petites et moyennes entreprises, du commerce et de l'artisanat a réglementé l'appellation et l'enseigne de boulangerie, dès lors qu'aucune disposition législative ni aucune disposition réglementaire prise en application d'une loi, et notamment pas le décret du 13 septembre 1993 pris pour l'application de la loi codifiée aux articles L.231-1 et suivants du code de la consommation, n'habilitent ce ministre à réglementer, comme il l'a fait, les conditions d'exercice de la boulangerie, notamment l'appellation et l'enseigne de boulangerie et que le décret du 1^{er} juin 1995 relatif à ses attributions, qui se borne à répartir les attributions entre les ministres d'un même gouvernement, est sans incidence sur sa compétence normative (CE 29 décembre 1997, n° 178061).

De même, les dispositions des articles 445 et 466 du code rural ne donnent compétence au ministre chargé de la police et de la gestion des eaux que pour prendre des décisions individuelles de commissionnement des agents

appartenant aux catégories qu'elles énumèrent et ni l'article 445 dudit code ni le décret pris pour son application ne confèrent au ministre de l'environnement compétence pour édicter des mesures réglementaires concernant les modalités de désignation des agents susceptibles d'être commissionnés : le ministre de l'environnement est par suite incompétent pour prendre par arrêté une mesure réglementaire fixant la liste des catégories d'agents susceptibles d'être commissionnés et définissant, pour certains d'entre eux, les modalités suivant lesquelles ils peuvent être désignés (CE 28 juillet 1993, n° 78541).

Ainsi encore, les ministres chargés de l'intérieur et de la santé n'ont pas, dans le cadre de leur pouvoir d'organisation des services, compétence pour fixer des règles de recevabilité des demandes que présentent les psychiatres des établissements de santé, sur lesquels ils n'ont pas d'autorité hiérarchique, en vue de proposer des sorties d'essai des malades hospitalisés sans leur consentement (CE 30 septembre 2011, n° 337334 ; cf. aussi CE 12 mai 1986, n° 48356).

Pour qu'un ministre soit autorisé à prendre un acte de nature réglementaire en dehors de l'organisation ou du fonctionnement des services, il doit donc y avoir été habilité soit par la loi soit par un décret du Premier ministre ou du Président de la République ayant prévu son édicition en vue de déterminer des modalités d'application.

Le titulaire du pouvoir réglementaire général peut se limiter à poser dans le décret l'essentiel des mesures d'application de la loi et renvoyer, pour le reste, à un arrêté ministériel ; dans ce cas, le décret doit, pour être légal, définir avec une précision suffisante les mesures que le ministre est chargé de prendre (CE 12 mai 1986, n° 62311, Rec. p. 140).

De plus, l'arrêté ministériel ne doit pas, alors, dépasser les limites de la « subdélégation » de compétence : « le règlement ne peut procéder que d'une habilitation textuelle » et « il ne suffit pas, pour que le règlement ne soit pas illégal, que cette habilitation existe. Il faut encore que ses limites (telles qu'elles apparaissent clairement ou telles que l'interprétation du texte les a déterminées) n'aient pas été dépassées » (Chapus, op. cit. n° 877).

Doit ainsi être accueillie la requête du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens tendant à l'annulation de l'arrêté du ministre de la santé complétant la liste des titres permettant de subir des épreuves du certificat de capacité pour effectuer des prélèvements sanguins : si le ministre est habilité par l'article L. 372 du code de la santé publique à fixer, par arrêté pris après avis de l'Académie nationale de médecine, la nomenclature des actes professionnels qui ne peuvent être pratiqués que par des personnes titulaires du diplôme d'Etat de docteur en médecine, il n'a pas compétence pour

déterminer les conditions auxquelles les auxiliaires de laboratoire d'analyses médicales sont autorisés à procéder, à titre professionnel, à des prélèvements sanguins en sorte que l'arrêté attaqué a été pris par une autorité incompétente et qu'il doit être annulé (CE 9 décembre 1977, n° 00797, Rec. p. 492).

De même, doit être abrogé pour incompétence l'arrêté relatif à la mise en œuvre du Système national d'information interrégimes de l'assurance maladie (SNIIRAM), dès lors qu'en décidant que les organismes de recherche, universités, écoles ou autres structures d'enseignement liées à la recherche poursuivant un but lucratif ne peuvent accéder aux informations, le ministre des affaires sociales et de la santé ne s'est pas borné à approuver les modalités de gestion et de renseignement du SNIIRAM et que ces dispositions ne se déduisent pas de l'annexe II du protocole, dont l'objet est seulement d'identifier, pour certains utilisateurs, l'autorité compétente pour accéder aux informations contenues dans le SNIIRAM ; que l'article 3.5 du protocole, qui prévoit la fixation par arrêté ministériel des destinataires des informations contenues dans le SNIIRAM, ne saurait fonder légalement sur ce point la compétence du ministre chargé de la sécurité sociale et qu'aucun autre texte législatif ou réglementaire ne donne compétence à ce ministre pour déterminer les organismes de recherche ou d'enseignement pouvant accéder aux données du SNIIRAM (CE 20 mai 2016, n° 385305).

Le même raisonnement doit s'appliquer en l'espèce.

III.- En effet, aucun texte législatif ni réglementaire, et notamment pas le décret n° 2018-1297 du 28 décembre 2018, ne donne compétence aux ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale pour déterminer quelles sont les méthodes thérapeutiques qui doivent être employées à l'égard des enfants présentant un trouble dit du neuro-développement et l'arrêté attaqué dépasse les limites de l'habilitation conférée par les dispositions de l'article R. 2135-2 III 3° du code de la santé publique dont il est censé être un texte d'application.

L'article L. 2135-1 du code de la santé publique dispose que :

« Pour l'accompagnement des enfants présentant un trouble du neuro-développement et pour la réalisation d'un diagnostic, un parcours de bilan et intervention précoce est pris en charge par l'assurance maladie.

Le parcours est organisé par des structures désignées par arrêté du directeur général de l'agence régionale de santé parmi les établissements ou services mentionnés aux 2°, 3° et 11° du I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles ou les établissements mentionnés à l'article L. 3221-1 du présent code.

Les professionnels de santé mentionnés aux articles L. 162-5 et L. 162-9 du code de la sécurité sociale, aux articles L. 4331-1 et L. 4332-1 du présent code et les psychologues peuvent conclure avec les structures désignées au deuxième alinéa du présent article un contrat, conforme au contrat type défini par arrêté des ministres chargés de la santé, de la sécurité sociale et du handicap. Ce contrat prévoit notamment, pour chaque catégorie de professionnels, des engagements de bonnes pratiques professionnelles et les conditions de retour d'information à la structure désignée et au médecin traitant. Pour les professionnels mentionnés aux articles L. 4331-1 et L. 4332-1 et les psychologues, le contrat prévoit également les modalités selon lesquelles la structure désignée rémunère les prestations réalisées dans le cadre du parcours.

La prise en charge du parcours est soumise à prescription médicale.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent article ».

Aux termes de l'article R. 2135-1 du même code, issu du décret d'application n° 2018-297 du 28 décembre 2018 :

« Pour l'accompagnement des enfants présentant un trouble du neuro-développement et pour la réalisation d'un diagnostic, les structures désignées par arrêté du directeur général de l'agence régionale de santé passent une convention avec d'autres établissements ou services mentionnés au deuxième alinéa de l'article L. 2135-1. L'objet de cette convention est l'organisation du parcours de bilan et intervention précoce pour les troubles du neuro-développement et la constitution d'une plateforme de coordination et d'orientation.

L'assurance maladie prend en charge les parcours mentionnés à l'article L. 2135-1 prescrits pour les enfants de moins de douze ans et pour lesquels la prescription a été validée par un médecin exerçant dans la structure désignée par le directeur général de l'agence régionale de santé ou dans une structure liée à celle-ci par la convention mentionnée à l'alinéa précédent.

La validation précise si les bilans et interventions précoces sont réalisés au sein d'une structure de la plateforme ou, à défaut, par un ou plusieurs professionnels exerçant en dehors de ces structures ; dans ce second cas, la validation précise les prestations incluses dans le parcours.

Le médecin peut refuser de valider la prescription ... ».

L'article R. 2135-2 prévoit, pour sa part, que :

« I.- Les prestations des professionnels mentionnés à l'article L. 2135-1 sont incluses dans le parcours de bilan et intervention précoce lorsqu'ils ont conclu un contrat avec une structure désignée selon les modalités prévues au même article.

II.- Les professionnels de santé mentionnés à l'article L. 162-5 et les auxiliaires médicaux mentionnés à l'article L. 162-9 du code de la sécurité sociale peuvent intervenir dans le cadre du parcours aux conditions et selon les modalités de prise en charge prévues dans les conventions visées à ces articles.

III.- Pour les professionnels de santé mentionnés aux articles L. 4331-1 et L. 4332-1 du présent code et les psychologues, le parcours peut inclure les prestations suivantes :

1° Pour les ergothérapeutes : une évaluation ... ;

2° Pour les psychomotriciens : un bilan psychomoteur ... ;

3° Pour les psychologues : d'une part, une évaluation qualitative et quantitative des compétences développementales de l'enfant et, si nécessaire, des tests neuropsychologiques complémentaires ciblant des secteurs spécifiques du développement cognitif et socio-communicationnel, d'autre part, pour les psychologues qui détiennent une expertise spécifique définie par arrêté des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale, des interventions précoces en lien avec l'ensemble des évaluations fonctionnelles disponibles.

Les interventions peuvent être interrompues par un médecin de la structure désignée ...

IV.- Les professionnels mentionnés au III sont rémunérés par la structure désignée pour une séquence de prestations, sous la forme d'un forfait. Ils ne peuvent solliciter de paiement direct par les patients... ».

L'article R. 2135-3 fixe des délais : la validation de la prescription intervient dans un délai maximal de quinze jours, l'enfant et sa famille sont accueillis pour la réalisation d'un bilan par un professionnel dans un délai maximum de trois mois après validation de la prescription du parcours par la structure désignée, une première rencontre de synthèse est organisée au sein d'une des structures de la plateforme avec l'enfant et sa famille au plus tard six mois après la première intervention d'un professionnel et le parcours de bilan et d'intervention précoce a une durée maximale d'un an, renouvelable une fois.

Il prévoit, en outre, que les comptes rendus des bilans et interventions réalisés par les professionnels liés contractuellement avec la structure désignée sont transmis à celle-ci, à la famille et au médecin traitant de l'enfant ou au médecin désigné par la famille.

La loi et son décret d'application prévoient donc une participation des psychologues au « *parcours de bilan et intervention précoce* » destiné à « *l'accompagnement des enfants présentant un trouble du neuro-développement* », qui est conditionnée par la conclusion d'un contrat avec les structures désignées par l'ARS constituant une « *plateforme de coordination et d'orientation* », et qui peut revêtir deux formes différentes :

- soit en pratiquant uniquement des évaluations des « *compétences développementales* » de l'enfant et des tests neuropsychologiques complémentaires,

- soit en réalisant des « *interventions précoces en lien avec l'ensemble des évaluations fonctionnelles disponibles* »,

mais cette seconde forme de contribution est subordonnée à la condition de détenir « *une expertise spécifique* ».

L'article R. 2135-2 III 3° énonce que cette « *expertise* » est « *définie par arrêté des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale* » ; la décision attaquée est l'arrêté prévue par ce décret et a pour objet, selon son intitulé, « *la définition de l'expertise spécifique des psychologues mentionnée à l'article R. 2135-2 du code de la santé publique* ».

IV.- Dès lors, cet arrêté devait déterminer uniquement les conditions pour qu'un psychologue puisse être reconnu comme ayant une « *expertise spécifique* » au sens de l'article R. 2135-2 le rendant apte à effectuer des interventions auprès d'enfants souffrant de troubles dits du neuro-développement.

Ce décret visant « *les psychologues qui détiennent une expertise spécifique définie par arrêté* », l'arrêté est censé définir les connaissances ou les compétences « *possédées* » par ces professionnels, celles qu'ils ont éventuellement déjà mises en œuvre avant de postuler à la conclusion des contrats précités.

L'arrêté d'application devait, par suite, se limiter à fixer les conditions préalables pour réaliser des interventions précoces, c'est-à-dire à énumérer les diplômes, formations, stages ou expériences professionnelles nécessaires pour prétendre détenir une compétence particulière en matière de troubles du développement de l'enfant, voire à lister les techniques, méthodes ou pratiques que le professionnel concerné doit « *maîtriser* » pour être autorisé à intervenir auprès des enfants.

Les dispositions des articles 3 et 4 de l'arrêté confirment d'ailleurs que « l'expertise » en cause est une condition préalable à la capacité à réaliser des interventions.

Ils prévoient que :

« ... Cette expertise se définit par la capacité acquise dans le cadre du titre de psychologue [art. 44 de la loi de n° 85-772 du 25 juillet 1985], de formations complémentaires et d'expériences professionnelles.

La maîtrise des différents outils cités en annexe se fonde sur :

- la connaissance des cadres théoriques, méthodologiques et psychométriques sous-jacents ;
- la capacité à les intégrer dans une démarche d'intervention tenant compte de l'enfant dans ses différents milieux de vie.

Elle permet de proposer un programme d'accompagnement de l'enfant et de sa famille, famille d'accueil, référents éducatifs, ou aidant, qui doit répondre aux besoins de l'enfant, contribuer à l'émergence et au développement de ses fonctions cognitives, affectives, sociales, et adaptatives » (art. 3).

« A l'occasion de la demande de signature du contrat prévu au troisième alinéa de l'article L. 2135-1 du code de la santé publique, le psychologue transmet à la plateforme de coordination et d'orientation ses diplômes, attestations de formation et un curriculum détaillé. La structure vérifie ainsi, avant la signature du contrat, que le psychologue détient l'expertise nécessaire à son intervention.

Dans le cas où un psychologue sollicite la conclusion d'un contrat sans disposer de l'expertise nécessaire, la structure peut lui proposer l'accès à une formation adaptée ... » (art. 4).

Mais les autres dispositions de l'arrêté attaqué dépassent cet objet dès lors qu'elles n'imposent pas uniquement au psychologue de connaître et/ou d'avoir pratiqué certaines techniques ou méthodes avant de postuler, mais aussi de les mettre en œuvre dans le cadre des interventions qu'ils feront dans le cadre du parcours.

Non seulement l'arrêté du 10 mars 2021 opère de manière manifestement erronée un choix parmi les pratiques thérapeutiques existantes – cela concerne la légalité interne du texte qui sera examinée ultérieurement – mais surtout, **au lieu de se borner à exiger des psychologues la connaissance de certaines méthodes sélectionnées, il leur impose de les appliquer lorsqu'ils interviendront dans le parcours en cause.**

V.- En effet, l'article 2 de l'arrêté du 10 mars 2021 prévoit que :

« Les interventions et programmes des psychologues respectent les recommandations de bonnes pratiques professionnelles établies par la haute autorité de santé (HAS) propres à chaque trouble du neuro-développement, et s'appuient sur des programmes conformes à l'état actualisé des connaissances.

En référence au stade de développement de l'enfant, ces interventions structurées visent à mobiliser les compétences cognitives, comportementales et émotionnelles de l'enfant. Les approches recommandées tendent à soutenir le développement de l'enfant dans plusieurs domaines, en priorité ceux des interactions sociales, des émotions, des comportements adaptatifs, de la communication et du langage. Elles s'appuient sur des thérapies cognitivo-comportementales, de la remédiation neuropsychologique et cognitive et de la psychoéducation.

Une liste non exhaustive de programmes se référant à ces approches est établie en annexe. Cette liste sera réactualisée périodiquement en fonction de l'évolution des connaissances scientifiques, des recommandations et des outils » (art. 2).

En dehors même du fond, qui sera examiné plus loin, il est clair que ces dispositions n'ont pas pour objet « *la définition de l'expertise spécifique des psychologues mentionnée à l'article R. 2135-2 du code de la santé publique* ».

Cet article 2 fixe le contenu même de la mission des psychologues lorsqu'ils réaliseront des « *interventions précoces en lien avec l'ensemble des évaluations fonctionnelles disponibles* » et non pas les conditions préalables requises pour être autorisé à réaliser de telles interventions.

Ce texte adresse de véritables prescriptions aux professionnels concernés, puisque l'indicatif présent (*respectent, s'appuient, visent à, tendent à*) a valeur normative.

Ainsi, selon l'arrêté attaqué, les psychologues devront :

- respecter les recommandations de bonnes pratiques professionnelles établies par la HAS dans leurs interventions et programmes,
- s'appuyer sur des programmes conformes à l'état actualisé des connaissances,
- chercher, dans leurs interventions, à mobiliser les compétences cognitives, comportementales et émotionnelles de l'enfant,
- tendre, dans leurs approches, à soutenir le développement de l'enfant dans les domaines, en priorité, des interactions sociales, des émotions, des comportements adaptatifs, de la communication et du langage.

- s'appuyer sur des thérapies cognitivo-comportementales, de la remédiation neuropsychologique et cognitive et de la psychoéducation.

Ces dispositions vont manifestement au-delà de la délégation donnée par le décret du 28 décembre 2018 aux ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale, qui n'étaient habilités qu'à définir « l'expertise spécifique » détenue par les psychologues.

Seules les dispositions précitées des articles 3 et 4 de l'arrêté apparaissent répondre à cet objet en évoquant les connaissances, compétences, formations et expériences professionnelles que doit avoir acquis le psychologue pour être autorisé à réaliser des interventions dites précoces.

Ainsi, alors que le décret ne délègue aux ministres que le pouvoir de définir l'expertise spécifique que doivent « détenir » les professionnels, soit la connaissance et l'expérience de certaines techniques, méthodes ou pratiques, l'article 2 de l'arrêté attaqué leur impose d'« appliquer » certaines techniques, méthodes ou pratiques, et pas d'autres.

Il ne se borne pas à exiger des psychologues de maîtriser les « approches » que sont les thérapies cognitivo-comportementales, la remédiation neuropsychologique et cognitive et la psychoéducation, il leur enjoint de s'y conformer dans leur pratique au sein du parcours et leur interdit de s'appuyer sur d'autres démarches thérapeutiques.

De fait, cet arrêté conditionne la participation pleine et entière, non réduite à des évaluations et des tests, des psychologues dans le parcours de santé pris en charge par l'assurance maladie non pas – ou pas seulement – à des conditions de diplôme, de formation ou d'expérience professionnelle mais à la mise en œuvre de méthodes thérapeutiques déterminées.

En réservant la réalisation d'interventions, et pas seulement de bilans, aux professionnels qui seront surtout tenus de mettre en pratique certains modèles de diagnostic et de traitement, au détriment d'autres approches, l'arrêté litigieux excède les limites de l'habilitation donnée aux ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale.

Ces derniers n'ont pas le pouvoir de subordonner l'intervention des psychologues à la condition que les soins qu'ils assureront aux patients seront fondés sur les trois seules méthodes thérapeutiques visées par le texte et pas sur d'autres ; ils ne sont pas compétents pour fixer par arrêté le contenu technique des prestations auxquelles procéderont les psychologues dans le

cadre du parcours créé par la loi dont le décret d'application ne les a habilités qu'à définir les conditions préalables pour pouvoir accomplir ces prestations.

A ce seul titre, l'annulation est encourue.

VI.- L'arrêté est entaché d'un autre motif d'incompétence.

En effet, dès lors que l'article R. 2531-2 du code de la santé publique prévoyait que l'arrêté définissant l'expertise spécifique des psychologues mentionnée à ce texte devait être pris par les ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale, il devait, notamment, être signé par l'ensemble des ministres chargés de la sécurité, donc par le ministre des solidarités et de la santé et par le ministre délégué auprès du ministre de l'économie, des finances et de la relance, chargé des comptes publics.

Or, l'arrêté a seulement été signé, au nom du ministre des solidarités et de la santé, par la directrice générale de l'offre de soins dont la délégation de signature ne vaut, en vertu du décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005, que pour les actes relatifs aux affaires des services placés sous son autorité (i.e. les services de la direction générale de l'offre de soins distincte de la direction de la sécurité sociale) et il a été signé par le directeur de la sécurité sociale uniquement par délégation du ministre délégué auprès du ministre de l'économie, des finances et de la relance, chargé des comptes publics.

L'arrêté doit donc être regardé comme n'ayant pas été signé par le ministre des solidarités et de la santé en tant qu'il est chargé de la sécurité sociale.

Sur la violation des dispositions relatives au titre de psychologue

VII.- L'indépendance technique est une composante essentielle de l'exercice des professions médicales.

Aux termes des articles R. 4127-5, R. 4127-209 et R. 4127-307 du code de la santé publique, le médecin, le chirurgien-dentiste ou la sage-femme « *ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit* ».

Ce code prévoit également que le médecin, comme la sage-femme « *est libre de ses prescriptions* ».

Il précise que la rémunération de la sage-femme ne peut être fondée sur « *tout critère qui aurait pour conséquence une limitation ou un abandon de son indépendance professionnelle* ».

L'indépendance « technique » est donc une composante essentielle de l'exercice d'une profession médicale ; tout système de rémunération la mettant en péril est illicite et un système influant de manière indirecte mais certaine sur le revenu d'un praticien libéral – par exemple en permettant à sa clientèle d'être remboursée par la sécurité sociale – ne saurait être subordonné à des conditions portant atteinte à sa liberté technique.

Si les psychologues ne sont pas assimilés à des médecins par le code de la santé publique, ce sont des professionnels concourant à la réalisation de soins.

Il existe, au demeurant, une proposition de loi visant à la création d'un ordre des psychologues ; elle tend à insérer, dans le code de la santé publique, des dispositions régissant l'usage du titre de psychologue et l'exercice de cette profession et elle prévoit qu'un code de déontologie des psychologues sera édicté par décret en Conseil d'Etat (proposition n° 4055 enregistrée le 7 avril 2021).

Ce projet de création d'un ordre des psychologues n'émane pas des représentants de la profession qui, dans leur grande majorité, y sont opposés ; mais s'il voit le jour, il prévoira sans doute qu'à l'instar des professions de santé précitées, le psychologue ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit, qu'il est libre de ses prescriptions et que sa rémunération ne peut être fondée sur tout critère qui aurait pour conséquence

une limitation ou un abandon de son indépendance professionnelle ou une atteinte à la qualité des soins.

Il est donc certain que les textes réglementaires qui affectent l'exercice de la profession de psychologue et sa relation avec les ARS, les régimes d'assurance maladie, les autres professions de santé et les patients, doivent d'ores et déjà respecter l'indépendance professionnelle de ces praticiens.

En encadrant le contenu même des interventions des psychologues auprès des enfants atteints de troubles du développement, en subordonnant leur exercice clinique à une conformité à certaines approches thérapeutiques, l'arrêté attaqué les dépossède de leur responsabilité dans le choix des méthodes de traitement et porte atteinte à leur indépendance professionnelle.

VIII.- Il est, à cet égard, pertinent d'évoquer les dispositions réglementaires relatives au métier de psychologue hospitalier.

Selon l'article 1^{er} du décret n° 91-129 du 31 janvier 1991 portant statut particulier des psychologues de la fonction publique hospitalière, les psychologues des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière :

« exercent les fonctions, conçoivent les méthodes et mettent en œuvre les moyens et techniques correspondant à la qualification issue de la formation qu'ils ont reçue. A ce titre, ils étudient et traitent, au travers d'une démarche professionnelle propre, les rapports réciproques entre la vie psychique et les comportements individuels et collectifs afin de promouvoir l'autonomie de la personnalité.

Ils contribuent à la détermination, à l'indication et à la réalisation d'actions préventives et curatives assurées par les établissements et collaborent à leurs projets thérapeutiques ou éducatifs tant sur le plan individuel qu'institutionnel ... »

Le répertoire des métiers de la fonction publique hospitalière indique que le psychologue hospitalier a de multiples activités, notamment la « *conception et élaboration d'interventions psychologiques et thérapeutiques à visée préventive et curative auprès des patients et de leurs familles* », les « *psychothérapies individuelles et de groupe* » (prod.).

Il précise que le savoir-faire propre à ce métier comporte, en particulier, le choix d'une méthode correspondant à son domaine de compétence, la définition et la

mise en œuvre des activités thérapeutiques adaptées au patient, l'organisation du cadre thérapeutique singulier ou institutionnel.

S'agissant des connaissances requises, la fiche du répertoire des métiers mentionne que tant les « connaissances d'expert » que les « connaissances opérationnelles » sont « contextualisées ».

La circulaire d'application du décret n° 91-129, en date du 30 avril 2012, énonce, notamment, que :

« Les fonctions du psychologue sont définies par l'article 2 du décret du 31 janvier 1991 modifié portant statut particulier des psychologues de la Fonction Publique Hospitalière.

Ces fonctions sont composées de fonctions cliniques qui peuvent s'adresser à des personnes ou des groupes. La mise en œuvre de ces fonctions fait appel aux méthodes, moyens et techniques correspondant à la qualification issue de la formation du psychologue qui les choisit en toute autonomie ».

Tous ces éléments confirment que le métier de psychologue est complexe et que ce professionnel ne doit pas appliquer à tous les patients les mêmes outils prédéfinis mais, bien au contraire, choisir lui-même, pour chacun des patients, parmi un grand nombre de méthodes thérapeutiques, celle qu'il considère comme la plus adaptée à ce patient.

L'arrêté attaqué, qui impose aux psychologues de pratiquer un nombre restreint, prédéterminé et arbitrairement choisi d'outils, encourt ainsi une annulation certaine.

Sur la violation des droits du malade

IX.- L'article L. 1110-8 du code de la santé publique dispose que « *le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé et de son mode de prise en charge, sous forme ambulatoire ou à domicile, en particulier lorsqu'il relève de soins palliatifs au sens de l'article L. 1110-10, est un principe fondamental de la législation sanitaire* ».

Plus largement, ce principe conduit à reconnaître un droit des parents au libre choix des méthodes thérapeutiques appliquées à leur enfant présentant des troubles dits du neuro-développement.

Certes, ce droit ne saurait être absolu dès lors que les parents s'inscrivent dans le parcours pris en charge par l'assurance maladie créé par la loi du 22 décembre 2018.

Mais dès l'instant où il est constant que d'autres démarches que les thérapies cognitivo-comportementales, la remédiation neuropsychologique et cognitive et la psychoéducation, existent, qu'elles sont pratiquées par de nombreux professionnels présentant toutes les garanties de formation et qu'elles présentent, à tout le moins, une certaine efficacité, on ne saurait en priver les enfants.

Il ne saurait être toléré que la nécessité économique, pour certaines familles, de ne recourir qu'aux soins remboursés par l'assurance maladie les prive d'approches thérapeutiques qui, même si elles ne sont pas visées dans l'arrêté définissant l'expertise spécifique au moment précis où l'enfant a besoin d'un traitement, sont tout-à-fait sérieuses.

La prescription de certaines méthodes thérapeutiques et l'exclusion corrélative des autres peut aboutir à une inégalité de traitement entre les enfants, puisque selon leurs moyens financiers, certains parents pourront choisir des modes de traitement qui ne sont pas ou plus recommandés par l'arrêté mais qui ont leur préférence, quand d'autres seront soumis aux appréciations de l'administration.

L'annulation s'impose encore à ce titre.

Sur la violation de l'article L. 161-37 du code de la sécurité sociale

X.- Au fond, l'arrêt attaqué méconnaît également la portée des recommandations de bonnes pratiques professionnelles établies par la Haute Autorité de santé (HAS) et viole, en conséquence, l'article L. 161-37 du code de la sécurité sociale.

En effet, comme exposé ci-dessus, il impose, en son article 2, que les interventions et programmes des psychologues respectent ces recommandations de la HAS.

Or celle-ci n'ont pas de caractère impératif, ce ne sont pas des normes juridiques dont le respect peut être exigé des administrés, quels qu'ils soient.

Le Conseil d'Etat a rappelé que les recommandations de bonnes pratiques (RBP) élaborées par la HAS ont pour objet de « *guider* » les professionnels de santé dans la définition et la mise en œuvre des stratégies de soins à visée préventive, diagnostique ou thérapeutique les plus appropriées, sur la base des connaissances médicales avérées à la date de leur édicton et qu'elles participent, à ce titre, à la réunion et à la mise à disposition de ces professionnels des données acquises de la science, sur lesquelles doivent être fondés les soins qu'ils assurent aux patients, conformément à l'obligation déontologique qui leur incombe.

Eu égard à cette obligation d'assurer au patient des soins fondés sur les données acquises de la science, telles qu'elles ressortent « *notamment* » des recommandations de bonnes pratiques, ces dernières peuvent être regardées comme des décisions faisant grief susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (CE 27 avril 2011, n° 334396).

Mais ces recommandations « *ne dispensent pas le professionnel de santé d'entretenir et perfectionner ses connaissances par d'autres moyens et de rechercher, pour chaque patient, la prise en charge qui lui paraît la plus appropriée, en fonction de ses propres constatations et des préférences du patient* » (CE 23 décembre 2020, n° 428284, au recueil).

Comme le souligne M. Frédéric Tiberghien, Conseiller d'Etat, dans un commentaire sur cette décision, les RBP ne s'imposent pas obligatoirement aux professionnels dans la mesure où ils doivent tenir compte de leurs propres constatations sur l'état du patient et de ses préférences ; elles « *relèvent donc du droit souple* » (AJDA n° 17/2021, p. 948).

Il a été jugé par la Cour de cassation que méconnaît l'article L. 246-1 du code de l'action sociale et des familles, selon lequel toute personne atteinte du handicap résultant du syndrome autistique et des troubles qui lui sont apparentés bénéficie, quel que soit son âge, d'une prise en charge pluridisciplinaire qui tient compte de ses besoins et difficultés spécifiques, la décision ayant rejeté une demande de complément d'allocation d'éducation présentée par la mère d'un mineur présentant un syndrome autistique, ce aux motifs que la méthode d'éveil par le jeu intensif, individuel et interactif (méthode 3i) n'était pas officiellement reconnue par la HAS, celle-ci ayant indiqué ne pas recommander la méthode 3i, soit par des motifs ne tenant pas compte des besoins et difficultés spécifiques de l'enfant (Civ. 2^{ème} 8 novembre 2018, n° 17-19.556).

En contraignant les psychologues à se conformer, quel que soit l'enfant traité, aux recommandations de bonnes pratiques établies par la HAS, comme si elles résumaient à elles seules les données acquises de la science et qu'elles constituaient des normes impératives, l'arrêté attaqué a derechef commis une erreur de droit.

Sur l'erreur manifeste d'appréciation au regard des articles R. 2135-2 du code de la santé publique et L. 161-37 du code de la sécurité sociale

XI.- A supposer même, en outre, qu'un texte réglementaire puisse enjoindre à des professionnels de santé de se conformer aux recommandations de bonnes pratiques établies par la HAS, l'arrêté attaqué serait entaché d'une erreur manifeste d'appréciation dès lors que lui-même ne suit pas l'avis de cet organisme en imposant aux psychologues de pratiquer exclusivement les thérapies cognitivo-comportementales, la remédiation neuropsychologique et cognitive et la psychoéducation.

En effet, la recommandation de bonne pratique relative aux « *Troubles du neurodéveloppement, Repérage et orientation des enfants à risque* » de février 2020 a pour objectifs « *d'harmoniser les pratiques de repérage et d'orientation des enfants ayant un trouble du neurodéveloppement (TND) dans une population à risque entre 0 et 7 ans... d'optimiser le parcours de l'enfant et de sa famille, depuis l'identification des signes d'alerte d'un TND jusqu'à l'orientation vers une intervention précoce et/ou une équipe de diagnostic et de prise en charge...* ».

En fonction des différents troubles dont souffre l'enfant concerné, divers types d'interventions précoces à visée éducative et rééducative sont recommandés par la HAS ; sont essentiellement citées l'ergothérapie, la kinésithérapie, l'orthophonie, la psychomotricité, la psychologie, la pédopsychiatrie et la neuropsychologie.

Or les thérapies cognitivo-comportementales, la remédiation neuropsychologique et cognitive et la psychoéducation, exclusivement visées par l'arrêté attaqué, ne représentent qu'une partie des méthodes recommandées par la HAS, à savoir la neuropsychologie.

S'agissant en particulier des troubles du comportement (« *anxiété, inhibition, agitation, troubles de la régulation émotionnelle et des conduites* »), la HAS recommande les interventions suivantes : « *Psychomotricité, éducation*

spécialisée, psychologie ou pédopsychiatrie » ; elle n'évoque donc pas la neuropsychologie.

Cette RBP de février 2020 préconise donc un certain nombre de méthodes distinctes de celles sur lesquelles, selon l'article 2 de l'arrêté attaqué, doivent s'appuyer les « *approches recommandées* » tendant à soutenir le développement de l'enfant dans les domaines, en priorité des interactions sociales, des émotions, des comportements adaptatifs et de la communication.

Ainsi, alors même qu'il prévoit que « *les interventions et programmes des psychologues respectent les recommandations de bonnes pratiques professionnelles établies par la haute autorité de santé (HAS) propres à chaque trouble du neuro-développement* » et qu'il existe une RBP datant de février 2020 consacrée aux troubles dits du neurodéveloppement chez les enfants de 0 à 7 ans qui préconise les types d'intervention suivantes : ergothérapie, kinésithérapie, orthophonie, psychomotricité, psychologie et pédopsychiatrie, l'arrêté attaqué impose aux psychologues de pratiquer exclusivement des thérapies relevant de la neuropsychologie.

Or il n'y a pas d'équivalence entre, d'une part, ces « *Applied Behavior Analysis, Groupe d'habiletés sociales et d'affirmation de soi, modèle de Denver pour jeunes enfants, outils de communication alternatifs augmentés, Pivotal Response Treatment* » et autres « *Preschool Autism Communication Therapy* », et, d'autre part, les soins par ergothérapie, kinésithérapie, orthophonie, psychomotricité, psychologie et pédopsychiatrie recommandées par la HAS.

XII.- L'annexe prévue par cet article 2, censée faire la liste de « *programmes se référant à ces approches* », opère d'ailleurs, au surplus, une confusion des concepts, telle qu'on ne comprend plus la distinction entre méthodes, modèles, programmes, approches, outils...

Elle est ainsi rédigée :

« *Outils (1) maîtrisés par le psychologue pour la population cible (enfants de 0 à 7 ans)* »

(1) *Le terme outil est utilisé dans cette annexe en référence à l'ensemble des méthodes, programmes, approches, etc.*

Le psychologue est responsable du choix de ses outils. La connaissance et maîtrise d'une partie d'entre eux permet d'attester de la compétence attendue et de la capacité à développer un programme d'intervention.

Les outils présentés relèvent de différents niveaux d'approches ou de conception :

Modèles thérapeutiques, programmes psycho-éducatifs, remédiation cognitive, outils de communication améliorés augmentatifs.

- Programmes d'intervention à destination des enfants (en partenariat avec leur famille)

Applied Behavior Analysis (ABA)

Groupe d'habiletés sociales et d'affirmation de soi

Modèle d'intervention précoce : le modèle de DENVER pour jeunes enfants

Outils de communication alternatifs augmentés (par échange d'images, signes, numériques, ...)

Pivotal Response Treatment (PRT) : entraînement aux comportements pivots

Preschool Autism Communication Therapy (PACT)

Thérapie d'échange et de développement (TED)

Traitement et éducation pour enfants avec autisme ou troubles de la communication (TEACCH)

Thérapies cognitivo-comportementales (TCC)

Remédiation cognitive

Autres : ... ».

- Programmes d'intervention à destination des enfants (en partenariat avec leur famille)

Entraînement aux habiletés parentales de type Barkley

Guidance parentale dans les stratégies d'ajustement (coping)

Incredible years

Positive parenting program (triple P)

Autres :

L'affirmation de la maîtrise d'un outil listé précédemment implique la capacité à l'évaluer. Le compte rendu sera cohérent avec l'outil employé ... ».

Cette liste mélange de manière incohérente les niveaux.

Par exemple, elle ajoute les « thérapies cognitivo-comportementales » qui constituent, ensemble, une certaine approche, à différents « programmes » qui relèvent, en réalité, de cette approche, comme l'ABA et le TEACCH.

Elle méconnaît ainsi une hiérarchie qui devrait distinguer un premier niveau théorico-clinique : la théorie cognitivo-comportementale, un deuxième niveau groupant les approches thérapeutiques qui procèdent de cette théorie cognitivo-comportementale (thérapies cognitivo-comportementales, remédiation cognitive et neuropsychologique, psychoéducation) et un troisième niveau, qui serait celui plus concret des « outils » : ABA, PACT, TEACCH.

Ces « outils » constituent, au demeurant, des techniques simples, pour ne pas dire simplistes, pouvant être acquises à l'issue de courtes formations, sans que

les études universitaires nécessaires à l'acquisition du titre de psychologue soient nécessaires.

Les injonctions de l'arrêté attaqué apparaissent ainsi contradictoires ou en tous cas, incompréhensibles et il doit, dès lors, être regardé comme entaché d'une erreur manifeste d'appréciation.

Sur l'erreur de droit et, en tout état de cause, l'erreur manifeste d'appréciation au regard de la restriction des modèles de diagnostic et de traitement

XIII.- Enfin, c'est en toute hypothèse à tort que l'arrêté attaqué a réservé l'accès à une participation pleine et entière des psychologues au parcours pris en charge par l'assurance maladie, c'est-à-dire la réalisation d'interventions et pas seulement de bilans, aux professionnels qui se réfèrent, dans leur raisonnement et dans leur pratique, à un nombre restreint de modèles de diagnostic et de traitement.

En édictant que les approches qui devront être suivies par ces professionnels de santé « *s'appuient sur des thérapies cognitivo-comportementales, de la remédiation neuropsychologique et cognitive et de la psychoéducation* » et que seuls les programmes se référant à ces trois « approches » seront admis, l'arrêté opère un choix délibéré entre plusieurs manières d'appréhender la question de la santé mentale, que ce soit sur le plan théorique ou pratique et qu'il s'agisse aussi bien de l'explication des troubles que de leur traitement.

Certes, il appartient aux instances chargées de la santé et de la sécurité sociale de décider quels types de soins seront pris en charge par les régimes obligatoires d'assurance maladie.

Mais encore faut-il que ces choix s'appuient sur des analyses raisonnables, des expériences rigoureuses, des écrits sérieux, et qu'ils ne soient pas guidés par des positions idéologiques, par l'influence de groupes de pression ou par des intérêts étrangers à la santé publique.

Or en l'espèce, l'arrêté attaqué tranche, de fait, un débat de spécialistes sur l'opportunité de privilégier, parmi bon nombre de méthodes thérapeutiques toutes largement admises et depuis longtemps mises en œuvre par des praticiens sérieux, telle ou telle pratique, alors même qu'un tel choix ne relève pas de la compétence du ministre.

Le rejet de l'arrêté litigieux exprimé par de multiples professionnels : psychologues, psychothérapeutes, psychiatres, pédopsychiatres, pédiatres ou psychanalystes d'enfants, se situe dans le contexte plus large de débats complexes au sein des spécialistes de la santé mentale, sur la classification et le traitement des troubles du développement de l'enfant.

La notion même de « *trouble du neuro-développement* », qui ne figure dans des textes officiels que depuis décembre 2018, n'est pas admise par la totalité de la communauté scientifique française (prod. n° 2 et 3).

Elle a pour origine la cinquième version du « *diagnostic and manuel statistical manuel of mental disorders* » (DSM) établie sous l'égide de l'American psychiatric association (APA), qui a établi et révisé périodiquement cette classification des maladies mentales.

Dans la dernière révision, parue en mars 2020 (prod.), de la classification française des troubles mentaux de l'enfant et de l'adolescent (CFTMEA), système de classement psychiatrique et psychopathologique prenant en compte, contrairement au DSM, la spécificité des enfants et les adolescents, la notion de « troubles du neuro-développement » n'existe pas.

Cette notion n'est d'ailleurs pas non plus admise par la communauté internationale, puisqu'elle n'apparaît pas dans la classification établie par l'OMS, à savoir la CIM, dans sa dernière version, la CIM-10.

La CFTMEA de 2020 se fonde sur la notion de « troubles envahissants du développement » (TED) qui était celle admise auparavant en France.

Ainsi une recommandation de bonne pratique mise en ligne par la HAS le 8 mars 2012 s'intitule « *Autisme et autres troubles envahissants du développement : interventions éducatives et thérapeutiques coordonnées chez l'enfant et l'adolescent* ».

Elle expose :

« *Dans le cadre des troubles envahissants du développement, la classification internationale des maladies (CIM-10) est la classification de référence. Les TED sont classés par la CIM-10 dans les troubles du développement psychologique : « Les TED sont un groupe de troubles caractérisés par des altérations qualitatives des interactions sociales*

récioproques et des modalités de communication, ainsi que par un répertoire d'intérêts et d'activités restreint, stéréotypé et répétitif. Ces anomalies qualitatives constituent une caractéristique envahissante du fonctionnement du sujet, en toutes situations. »

Les TED regroupent des situations cliniques diverses, entraînant des situations de handicap hétérogènes. Cette diversité clinique peut être précisée sous forme dimensionnelle ou sous forme de catégories. Huit catégories sont proposées par la CIM-10 : autisme infantile, autisme atypique, syndrome de Rett, autre trouble désintégratif de l'enfance, hyperactivité associée à un retard mental et à des mouvements stéréotypés, syndrome d'Asperger, autres troubles envahissants du développement et trouble envahissant du développement, sans précision » (p. 6/7) ;

« L'hétérogénéité des profils cliniques et de l'évolution des enfants/adolescents avec TED au cours de leur développement nécessite que les réponses éducatives, pédagogiques et thérapeutiques soient diversifiées, qu'elles soient proposées en milieu ordinaire ou en établissement, et que les interventions pluridisciplinaires mises en œuvre soient complémentaires, coordonnées et adaptées aux besoins singuliers de chaque enfant/adolescent » (p. 23).

Or rien, dans la dizaine d'années s'étant écoulée depuis, ne permet d'affirmer qu'aurait été prouvée, par des méthodes d'évaluation admises par la plupart des professionnels concernés, l'efficacité supérieure des thérapies cognitivo-comportementales, de la remédiation neuropsychologique et cognitive et de la psychoéducation pour le traitement des troubles du développement de l'enfant, sur les autres approches de type intégratif, psychodynamique, systémique, psychanalytique ou autres.

En privant les enfants des familles qui souhaiteront bénéficier du parcours de soins créé par la loi du 22 décembre 2018 de ces autres formes de thérapies sans pouvoir se fonder, pour justifier ce choix, sur des observations solidement étayées et objectivement documentées, les ministres de la santé et de la sécurité sociale ont méconnu le principe général de droit de neutralité, qui est aussi un principe constitutionnel.

Ils ont, à tout le moins, commis une erreur manifeste d'appréciation.

La décision attaquée encourt, à tous égards, une annulation certaine.

PAR CES MOTIFS, les requérants persistent dans les fins de leur requête.

**CABINET COLIN – STOCLET
Avocat au Conseil d'Etat**

PRODUCTIONS :

1. Proposition de loi visant à la création d'un ordre des psychologues
2. RBP relative aux « Troubles du neurodéveloppement, Repérage et orientation des enfants à risque » synthèse, février 2020
3. M. Pavelka, *A propos des « troubles du neuro-développement » ou Le retour de la « tare » du cerveau ?* Psychiatrie de l'enfant, en cours de publication.
4. A. Delègue, *Les « troubles neuro-développementaux » : analyse critique*, revue Pratiques n° 88 janvier 2020
5. Fiche « psychologue » actuelle du répertoire des métiers de la Fonction publique hospitalière
6. Circulaire du 30 avril 2012 relative aux conditions d'exercice des psychologues hospitaliers
7. Classification française des troubles mentaux de l'enfant et de l'adolescent R-2020